

Cons. Stato Sez. V, Sent., (ud. 10-12-2020) 11-03-2021, n. 2087

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 3015 del 2020, proposto da S.G. s.r.l. in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo con S.F. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Barbara Bracarda, Daniele Spinelli e Fabrizio Colagiacomi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

R.F.I. S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Cesare e Francesco Vecchione, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

C. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Caliendo e Paolo Cantile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione Quarta, 16 dicembre 2019, n. 5961, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di R.F.I. e di C. S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Cons. Giorgio Manca nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2020, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del D.L. 18 ottobre 2020, n. 137, e preso atto delle note depositate dagli avvocati Bracarda, Spinelli e Colagiacomi;

[Svolgimento del processo - Motivi della decisione](#)

1. - La società S.G. s.r.l., mandataria nel raggruppamento temporaneo con la O.S. s.r.l. (mandante), ha partecipato alla procedura, indetta da R.F.I. S.p.a. (R.), per l'affidamento dei servizi di bonifica degli ordigni esplosivi e di guardiania, propedeutici ai lavori di raddoppio della linea Napoli-Bari, lotti A e B. Il raggruppamento è risultato aggiudicatario per entrambi i lotti. L'aggiudicazione veniva revocata da R. per la mancata presentazione di idonea polizza fideiussoria. Con sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sez. IV, 5 febbraio 2019, n. 637, in accoglimento dei ricorsi proposti dalla S.G. s.r.l., sono stati annullati i provvedimenti di revoca.

2. - La stazione appaltante riprendeva, quindi, la verifica dei requisiti in vista della stipula dei contratti, cui non si perveniva per l'adozione di nuovi provvedimenti di revoca, motivati con riferimento alla sopravvenuta interdittiva antimafia a carico della mandante O.S. s.r.l., che veniva sostituita con la S.F. s.r.l., che, tuttavia, non risultava in possesso del requisito, richiesto dal bando di gara per entrambi i lotti, della licenza prefettizia ai sensi dell'art. [134](#) del [R.D. 18 giugno 1931, n. 773](#) (recante "Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza"), per l'estensione dei servizi di vigilanza anche alla Provincia di Benevento; e, per quanto riguarda il Lotto A, per non aver presentato la cauzione definitiva con le caratteristiche richieste dal bando.

La stazione appaltante, con atto del 31 maggio 2019, aggiudicava entrambi i lotti alla società C. s.r.l.

3. - Anche i nuovi provvedimenti di revoca delle aggiudicazioni sono stati impugnati dalla S.G. innanzi al T.a.r. per la Campania, il quale - con sentenza 16 dicembre 2019, n. 5961 - ha respinto il ricorso sull'assorbente considerazione che l'art. [257-ter, comma 5](#), del [R.D. 6 maggio 1940, n. 635](#) (recante "Approvazione del regolamento per l'esecuzione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza"), introdotto dall'art. [1, comma 1, lett. i](#)), del [D.P.R. 4 agosto 2008, n. 153](#), ha confermato (anche dopo la sentenza della Corte di Giustizia dell'U.E., Seconda Sezione, 13 dicembre 2007, in causa C-465/05) la necessità che, pur nell'ambito di un'unica licenza, l'estensione alle ulteriori province debba essere ottenuta all'esito di una richiesta al Prefetto che l'ha rilasciata e di una previa comunicazione al Prefetto del territorio interessato, secondo un meccanismo di silenzio assenso. Nel caso di specie, si sostiene nella sentenza, è pacifico che la S.F. s.r.l., al momento in cui è subentrata alla mandante colpita dall'interdittiva antimafia, non avesse acquisito il titolo per esercitare lecitamente l'attività di vigilanza nella provincia di Benevento, come espressamente richiesto dal bando.

4. - La S.G. ha proposto appello, chiedendo la riforma della sentenza per i motivi che saranno esaminati in prosieguo.

5. - Resistono in giudizio R. e C. s.r.l., chiedendo che l'appello sia respinto.

6. - All'udienza del 10 dicembre 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. - Passando all'esame dei motivi dell'appello, con il primo S.G. assume l'erroneità della sentenza per non aver considerato che nel caso di sostituzione della mandante, ai sensi dell'art. 48, comma 18, del Codice dei contratti pubblici ([D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50](#)), i requisiti di idoneità per l'esecuzione del contratto vanno verificati a far data dal subentro della nuova mandante nell'ambito del raggruppamento; nel caso di specie, dal 18 marzo 2019 (data della comunicazione della stazione appaltante, a cui S.F. ha adempiuto presentando la richiesta al Prefetto per l'estensione della licenza). Inoltre, fermo il possesso della licenza nazionale, per l'estensione provinciale sarebbe sufficiente l'acquisizione della licenza al momento della stipula del contratto.

In ogni caso, si sottolinea che R. avrebbe dovuto consentire la sostituzione (anche) della Se.Fi. con altra impresa idonea.

8. - Con il secondo motivo, l'appellante osserva che l'art. 257-ter, comma 5, del regolamento di esecuzione del TULPS, presuppone che la licenza prefettizia sia valida per tutto il territorio nazionale, per cui se nel termine di 90 giorni dalla presentazione dell'istanza di estensione della licenza ad altre province non interviene un provvedimento prefettizio negativo espresso, la licenza conserva tale caratteristica e l'estensione alle singole province opererebbe retroagendo come requisito di efficacia ex tunc, dichiarativo e non costitutivo (come invece ritenuto dal primo giudice); diversamente, la clausola del bando andrebbe disapplicata per evidente contrarietà rispetto alla citata decisione della Corte di Giustizia del 2007; in alternativa, la questione della compatibilità dell'art. [257-ter R.D. 6 maggio 1940, n. 635](#) cit. con il diritto europeo andrebbe rimessa alla Corte di Giustizia con rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del TFUE.

9. - Sulle questioni sollevate con i due motivi d'appello, l'appellata R., con argomentazione condivisa anche dall'appellata C. s.r.l., ribadisce che l'estensione dell'efficacia della licenza prefettizia a province diverse non scaturisce da una valutazione automatica del prefetto, ma da una specifica valutazione che assume connotati costitutivi e non semplicemente dichiarativi. La S.F. avrebbe potuto ottenere l'estensione alla provincia di Benevento solo a decorrere dal 20 giugno 2019 (ossia, dopo 90 giorni dalla presentazione dell'istanza di estensione, datata 20 marzo 2019), con la conseguenza che dal 30 novembre 2018 (data dell'interdittiva antimafia che ha colpito la precedente mandante) al 20 giugno 2019, il raggruppamento S.G. era privo dei requisiti necessari alla partecipazione alla gara, venendo meno all'obbligo di mantenere il possesso dei requisiti di partecipazione senza soluzione di continuità.

10. - I due motivi, data la loro stretta connessione, possono essere esaminati congiuntamente.

I motivi sono fondati, nei sensi di cui appresso.

10.1. - In linea di fatto, risulta dalla documentazione versata in atti che la S.F., subentrata nel raggruppamento dopo che R. (con nota del 15 marzo 2019) aveva richiesto la sostituzione della mandante O.S. s.r.l. (colpita da informativa antimafia), ha richiesto l'estensione della licenza prefettizia con istanza presentata il 20 marzo 2019.

10.2. - L'art. 48, comma 18, del Codice dei contratti pubblici, norma in base alla quale è stata consentita la sostituzione della mandante, si limita a prescrivere che l'operatore economico subentrante sia in possesso dei requisiti di idoneità previsti dalla lex specialis di gara; ossia, nel caso di specie, sia in possesso del requisito di idoneità professionale costituito dalla licenza prefettizia rilasciata ai sensi dell'art. 134 del TULPS. La disposizione, peraltro, non specifica il momento in cui si deve accertare il possesso dei requisiti da parte dell'operatore economico subentrante, ma per evidenti ragioni logiche la verifica non potrà farsi risalire all'epoca in cui il raggruppamento temporaneo di imprese ha presentato la domanda di partecipazione alla procedura di gara: il possesso del requisito dovrà - ragionevolmente - essere preteso (nei confronti della mandante subentrante) solo dalla data del subentro.

Nel caso di specie, dal 27 marzo 2019 (data in cui la mandataria S.G. ha comunicato a R. di aver individuato nella S.F. la nuova mandante "per l'esecuzione di entrambi i lotti degli affidamenti in oggetto").

10.3. - Siffatta interpretazione impone di superare anche la clausola del bando di gara (punto III.1.1) in cui si stabiliva il "possesso della licenza prefettizia ex art. 134 e ss. TULPS (...) valida nell'intero territorio di tutte le province ricadenti nel lotto per il quale si presenta domanda di partecipazione [...] dalla presentazione dell'offerta e [...] per ogni successiva fase del procedimento di gara e di esecuzione del contratto"; clausola inapplicabile nella parte in cui impone il possesso del requisito a far data dalla presentazione della domanda di partecipazione, con riferimento alla fattispecie di subentro della mandante nel raggruppamento ai sensi dell'art. 48, comma 18, del Codice dei contratti pubblici.

10.4. - Ciò posto, il problema di stabilire se la società S.F. fosse in possesso, alla data del subentro, del requisito della licenza prefettizia per l'esercizio dei servizi di vigilanza anche nella Provincia di Benevento si trasferisce, quindi, sul piano dell'interpretazione dell'art. 257-ter del regolamento di esecuzione del TULPS, il cui comma 5 (secondo cui "[a]i fini dell'estensione della licenza ad altri servizi o ad altre province, il titolare della stessa notifica al prefetto che ha rilasciato la licenza i mezzi, le tecnologie e le altre risorse che intende impiegare, nonché la nuova o le nuove sedi operative se previste ed ogni altra eventuale integrazione agli atti e documenti di cui all'articolo 257, commi 2 e 3. I relativi servizi hanno inizio trascorsi novanta giorni dalla notifica, termine entro il quale il prefetto può chiedere chiarimenti ed integrazioni al progetto tecnico-organizzativo e disporre il divieto dell'attività qualora la stessa non possa essere assentita, ovvero ricorrano i presupposti per la sospensione o la revoca della licenza, di cui all'articolo 257-quater") va interpretato alla luce dei principi affermati con la pronuncia della Corte di Giustizia dell'U.E., Seconda Sezione, 13 dicembre 2007, in causa C-465/05, che ha ritenuto l'art. 134 del TULPS e l'art. 257 del regolamento di esecuzione contrastanti con gli articoli 43 e 49 del Trattato istitutivo della Comunità Europea [corrispondenti agli attuali articoli 49 (sulla libertà di stabilimento) e 56 (sulla libera prestazione di servizi all'interno dell'Unione) del T.F.U.E.] nella parte in cui dette norme stabilivano che l'autorizzazione a esercitare il servizio di vigilanza privata autorizzazione avesse una validità territoriale limitata e che le imprese di vigilanza privata dovessero avere una sede operativa in ogni provincia in cui esse esercitavano la propria attività.

Il contrasto con i principi del diritto europeo, come individuato dalla Corte, si ritrova anche nella citata disposizione dell'art. 257-ter, comma 5, del regolamento di esecuzione del TULPS, introdotta dall'art. [1, comma 1, lett. i\)](#), del [D.P.R. 4 agosto 2008, n. 153](#), ove interpretata nel senso (fatto proprio anche dal primo giudice) che, per ottenere l'estensione dell'attività di vigilanza anche ai territori provinciali originariamente non previsti nell'autorizzazione, sia necessario acquisire un (ulteriore) provvedimento autorizzativo del Prefetto della provincia interessata. In tal modo, infatti, si finisce per reintrodurre quel limite territoriale (censurato dalla Corte di Giustizia, come visto) secondo cui la licenza prefettizia consentirebbe di esercitare l'attività di vigilanza privata solo nel territorio per il quale essa è stata rilasciata (cfr. punti 68-80 della sentenza citata).

In tale prospettiva, la Corte di giustizia ha escluso che il bilanciamento, tra libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi ed esigenza di garantire un efficace controllo sulle attività di vigilanza privata, possa essere individuato nella previsione di limiti di efficacia territoriale dell'autorizzazione prefettizia.

10.5. - Si impone, pertanto, la correzione in sede interpretativa (o, meglio, la parziale disapplicazione per il contrasto con il diritto unionale) dell'art. [257-ter, comma 5, R.D. 6 maggio 1940, n. 635](#) cit., eliminando la necessità di ottenere (anche se con il meccanismo del silenzio-assenso) l'autorizzazione prefettizia per estendere l'attività in altre province; e intendendo la "notifica al prefetto" come una comunicazione di inizio attività, non subordinata al decorso dell'ulteriore termine di novanta giorni, salvo il potere del prefetto di inibire l'attività entro il predetto termine di novanta giorni dalla notifica "qualora la stessa non possa essere assentita, ovvero ricorrano i presupposti per la sospensione o la revoca della licenza, di cui all'articolo 257-quater" (art. 257-ter, comma 5, ultimo periodo, del regolamento di esecuzione del TULPS).

Applicando alla concreta fattispecie gli affermati principi, ne consegue che la mandante S.F. era in possesso del requisito della licenza prefettizia anche per il territorio della Provincia di Benevento, fin dal 20 marzo 2019 (data in cui ha presentato l'istanza al Prefetto), ossia in data antecedente a quella del subentro (ai sensi dell'art. 48, comma 18, del Codice dei contratti pubblici) quale mandante nel raggruppamento aggiudicatario.

11. - Con il terzo motivo, l'appellante ripropone il motivo assorbito dal Tribunale amministrativo, contestando l'ulteriore ragione di revoca dell'aggiudicazione (ossia la mancata presentazione della cauzione definitiva), riguardante il solo Lotto A. Segnatamente, sostiene l'illegittimità delle clausole del disciplinare di gara relative alla produzione di una cauzione

quale contratto autonomo di garanzia, con inopponibilità a R. di qualsiasi eccezione o riserva; alla non consentita progressiva riduzione della garanzia in base agli importi delle prestazioni eseguite; ai parametri di accreditamento o indici di gradimento in capo alle compagnie di assicurazione per poter rilasciare la cauzione. Sottolinea come non vi sarebbe alcuna ragione per tali stringenti richieste.

12. - In relazione al terzo motivo, le parti appellate eccepiscono il giudicato in quanto le diverse questioni sarebbero state oggetto del precedente contenzioso definito con la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sez. IV, 5 febbraio 2019, n. 637.

13. - L'eccezione di giudicato (o, per meglio dire, di ne bis in idem), sollevata dalle appellate ma, come noto, rilevabile anche d'ufficio (cfr. Cass., SS.UU. civili, ord. 18 gennaio 2016, n. 691), va accolta per aver l'appellante proposto in un precedente giudizio l'azione di annullamento avverso i medesimi atti oggetto del presente giudizio e per i medesimi motivi dedotti nuovamente con il ricorso deciso con la sentenza impugnata. Applicando i noti criteri di identificazione delle azioni (identità delle parti, delle causae petendi e del petitum), la identità delle causae petendi (ossia, dei motivi di ricorso) implica anche l'identità delle azioni esercitate con i due ricorsi e l'identità delle domande giudiziali introdotte nei due giudizi (nello stesso senso, da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 aprile 2020, n. 2220, al punto 8.3.). Con i precedenti ricorsi, infatti, erano stati dedotti gli stessi motivi di impugnazione delle regole del bando in tema di cauzione definitiva, anche se detti motivi non sono stati esaminati nella citata sentenza del T.a.r. Campania n. 637/2019 (che aveva accolto il ricorso solo sul difetto di motivazione). Motivi che, quindi, non possono essere riproposti, per effetto del divieto di ne bis in idem.

14. - L'appello, pertanto, va accolto limitatamente al primo motivo. Accoglimento che, previa riforma della sentenza di primo grado, comporta l'accoglimento parziale del ricorso introduttivo e l'annullamento del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione concernente il solo Lotto B.

Resta ferma, infatti, la revoca dell'aggiudicazione del Lotto A, disposta dalla stazione appaltante per due autonome ragioni: la mancanza della licenza prefettizia in capo alla mandante S.F. e la inidoneità della cauzione definitiva presentata ai fini della stipula del contratto. E questa seconda ragione non è oggetto dell'annullamento.

La revoca dell'aggiudicazione del Lotto B, invece, si è basata esclusivamente sul difetto del requisito del possesso della licenza prefettizia.

Va conseguentemente annullato, per illegittimità derivata, il [provvedimento del 31 maggio 2019](#) con il quale R. ha disposto l'aggiudicazione alla società C. s.r.l. del medesimo Lotto B.

15. - Considerato, altresì, che l'accordo quadro tra R. e la società C. s.r.l., è stato stipulato il 29 luglio 2019, per la durata di 3 anni, e che quindi il subentro è ancora possibile, va conseguentemente accolta la domanda di inefficacia dell'accordo quadro avente per oggetto il Lotto B.

16. - L'appellante ripropone, inoltre, le domande risarcitorie, articolate nella domanda di risarcimento del danno per equivalente per le spese inutilmente sopportate in vista della stipula dei contratti per i due lotti aggiudicati e per il lucro cessante per la mancata esecuzione del contratto (ovvero nella misura in cui non sia stato possibile eseguire il contratto).

16.1. - La domanda va accolta in parte, limitando il risarcimento per equivalente al lucro cessante per la parte dell'accordo quadro relativo al Lotto B non eseguita dall'appellante fino al subentro.

16.2. - E' infondata, invece, la domanda di risarcimento delle spese sostenute dal concorrente per la partecipazione alla gara o in vista della stipulazione dell'accordo quadro. Il che è conseguenza diretta del riconoscimento del danno per il mancato guadagno derivante

dall'inesecuzione del contratto (fino al subentro). L'attribuzione anche della posta di danno rappresentata dalle spese per la gara e per il contratto finirebbe per riconoscere al danneggiato un risarcimento per equivalente superiore alle perdite patrimoniali subite dal danneggiato, violando pertanto un principio fondamentale in tema di risarcimento. Con il risultato che l'impresa concorrente percepirebbe, in sede risarcitoria, più di quanto avrebbe avuto se avesse eseguito il contratto, venendo in tal modo a beneficiare sia dei vantaggi economici che avrebbe avuto se non avesse stipulato ed eseguito il contratto oggetto di gara, sia dei lucri che avrebbe conseguito ove il contratto fosse stato eseguito. In definitiva si cumulano, in tal modo, i danni da lesione dell'interesse negativo con quelli da lesione dell'interesse positivo, il che è da ritenere inammissibile anche perché, in tal modo, il risarcimento in questo caso assumerebbe una valenza sanzionatoria e non semplicemente riparatoria.

16.3. - Parimenti infondata è la richiesta di risarcimento del danno curriculare, che non è sostenuta da alcun elemento di prova, non avendo dimostrato, l'appellante, che la mancata aggiudicazione ed esecuzione del servizio oggetto del presente giudizio le ha precluso di acquisire ulteriori commesse pubbliche (sulla necessità di dare una prova specifica del danno curriculare si è ormai attestata la giurisprudenza: da ultimo Cons. St., sez. V, 12 novembre 2020, n. 6970).

17. - Accolta la sola domanda di risarcimento per equivalente del lucro cessante per la mancata esecuzione dell'accordo quadro per il Lotto B, rimane da quantificare il danno subito dall'appellante. A tal fine, atteso che il danno deve essere liquidato con riferimento alla sola parte non eseguita dal raggruppamento S.G. (prima del subentro qui disposto), non resta che fare ricorso alla tecnica, estendibile a qualsiasi caso di condanna pecuniaria, della c.d. condanna sui criteri prevista dall'art. 34, comma 4, del Codice del processo amministrativo. Per l'effetto, va ordinato a R.F.I. S.p.a. di proporre all'appellante il pagamento di una somma, a titolo di risarcimento del danno da mancata esecuzione dell'accordo quadro relativo al Lotto B, da determinarsi tenendo conto della percentuale di utile determinato sulla base del ribasso offerto dal raggruppamento S.G. per il Lotto B. A questo scopo, a R. è assegnato il termine di 90 giorni dalla comunicazione in via amministrativa, o se anteriore, dalla notificazione della presente sentenza per formulare all'appellante la proposta. Sulla somma così individuata, rivalutata e attualizzata al momento della sua liquidazione monetaria, secondo l'indice medio dei prezzi al consumo elaborato dall'Istat, sono riconosciuti gli interessi dalla data di pubblicazione della presente sentenza fino al soddisfo, nella misura del tasso legale.

18. - In conclusione, l'appello va accolto nei sensi e nei termini di cui in motivazione, con la conseguente riforma della sentenza impugnata.

19. - Le spese giudiziali, per il doppio grado del giudizio, sono integralmente compensate tra le parti, in ragione della reciproca soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione Quarta, 16 dicembre 2019, n. 5961, accoglie in parte il ricorso introduttivo, annulla il provvedimento del 9 maggio 2019, di revoca dell'aggiudicazione dell'accordo quadro sul Lotto B della gara in oggetto, e il [provvedimento del 31 maggio 2019](#) di aggiudicazione a terzi del medesimo Lotto B.

Dichiara l'inefficacia dell'accordo quadro stipulato il 29 luglio 2019 tra R. e la società C. s.r.l. e accerta e dichiara il diritto dell'appellante al subentro nel medesimo accordo quadro.

Condanna R.F.I. S.p.a. al risarcimento dei danni nei confronti di parte appellante, da liquidare previa formulazione, da parte di R., di una proposta di risarcimento ai sensi dell'art. 34, comma 4, del Codice del processo amministrativo, nei limiti e secondo i criteri di cui in motivazione.

Compensa tra le parti le spese giudiziali per entrambi i gradi del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2020, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del D.L. 18 ottobre 2020, n. 137.